

HOR.2018.13 / as / as

Art. 80

Urteil vom 7. Mai 2019

Besetzung	Oberrichter Vetter, Vizepräsident Ersatzrichter Fischer Handelsrichter Amacher Handelsrichterin Baumann Handelsrichter Bäumlin Gerichtsschreiber Schneuwly Rechtspraktikant Humbel
-----------	--

Klägerin und Widerbeklagte	J. AG, _____ vertreten durch Dr. iur. Michael Hunziker und MLaw Rebecca Wyniger, Rechtsanwälte, Hintere Bahnhofstrasse 6, Postfach, 5001 Aarau
-------------------------------	---

Beklagte und Widerklägerin	S. AG, _____ vertreten durch lic. iur. Stephan Stulz, Rechtsanwalt, Hahnrainweg 4, Postfach, 5400 Baden
-------------------------------	--

Gegenstand	Ordentliches Verfahren betreffend Forderung
------------	---

Das Handelsgericht entnimmt den Akten:

1.

Die Klägerin und Widerbeklagte (Klägerin) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zug. Sie bezweckt hauptsächlich die Erbringung von Speditionsdienstleistungen (Klagebeilage [KB] 28).

2.

Die Beklagte und Widerklägerin (Beklagte) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in S. Ihr Zweck besteht hauptsächlich in der Herstellung von, dem Handel mit und dem Vertrieb von Haushaltgeräten, chemischen und technischen Erzeugnissen [...] in der Schweiz (KB 27).

3.

Die Beklagte verkauft CO₂ in Gaszylindern [...]. Die Klägerin erbrachte zeitweise für die Beklagte Speditionsleistungen. Sie war dabei mit der Auslieferung der Gaszylinder der Beklagten an deren Kunden beauftragt. Die Kunden sollten die leeren Gaszylinder (Leergut) jeweils wieder zum Rücktransport bereitstellen, da nicht der Gaszylinder an sich, sondern dessen Inhalt (CO₂) von der Beklagten an deren Kunden verkauft wurde (Klage, Ziff. 3; Klageantwort, Rz. 11 ff.; Replik, Ziff. 4.8). Der Rücktransport des Leerguts sollte ebenfalls durch die Klägerin erfolgen. Diese liess die Transportleistung grösstenteils durch die S. T. AG ausführen (Replik, Ziff. 4.8; Widerklageduplik, Rz. 7).

4.

Die Beklagte hat diverse Rechnungen für Transportleistungen der Klägerin nicht beglichen, weshalb diese die Beklagte betreiben liess. Der Zahlungsbefehl des Betreibungsamts S. vom 24. April 2017 in der Betreibung Nr. _____ wurde der Beklagten am 28. April 2017 zugestellt. Gleichentags erhob die Beklagte Rechtsvorschlag (nicht nummerierte Klagebeilage: Zahlungsbefehl).

5.

5.1.

Mit Klage vom 28. März 2018 (Postaufgabe: 5. April 2018) stellte die Klägerin folgende Rechtsbegehren:

" 1.

Die beklagte Partei wird verurteilt der klagenden Partei

€ 36.200,99 samt 14,4% Zinsen seit 30.06.2016 aus € 34.809,50

samt 14.4% Zinsen seit 9.3.2017 aus € 674,64

samt 14.4% Zinsen seit 7.4.2017 aus € 716,85;

zu bezahlen.

2.
Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. _____ des Betreibungsamtes S. ist aufzuheben.

3.
Dies alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der beklagten Partei."

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, es handle sich um Ansprüche aufgrund erbrachter Speditionsleistungen.

5.2.

Nach Ausübung der richterlichen Fragepflicht teilte die Klägerin mit Eingabe vom 16. April 2018 mit, im Rechtsbegehren sei versehentlich das Währungskennzeichen € (Euro) angeführt worden, tatsächlich handle es sich jedoch um Schweizer Franken, was sich auch aus den sonstigen Vorbringen in der Klage ergebe.

6.

Mit Klageantwort und Widerklage (Klageantwort oder Widerklage) vom 29. Juni 2018 stellte die Beklagte die folgenden Rechtsbegehren:

" 1.
Es sei auf die Klage nicht einzutreten und die Klage sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin abzuweisen.

Über diesen Antrag sei im Sinne eine[s] prozessleitenden Entscheides vorab zu befinden.

2.
Eventualiter, nämlich falls Antrag 1 nicht gutgeheissen wird, so sei die Klage, soweit darauf eingetreten werden kann, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin abzuweisen.

3.
Es sei die Kläger[in] im Sinne einer Widerklage zur Zahlung von mindestens nachfolgenden Teilforderungen zu verpflichten:

- CHF 9'513,25 mit Verzugszins von 5% seit dem 31.12.2013
- CHF 15'192,00 mit Verzugszins von 5% seit dem 31.12.2014
- CHF 13'594,00 mit Verzugszins von 5% seit dem 31.12.2015
- CHF 10'641,00 mit Verzugszins von 5% seit dem 31.12.2016

4.
D[ie] Beklagte sei zur Zahlung einer praxisgemässen Parteientschädigung zu verpflichten.

5.
Die Beklagte behält sich ausdrücklich vor, die Anträge nach Vorliegen des Beweisergebnisses zu modifizieren[.]

6.

Ansonsten alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten de[r] Beklagten."

Zur Begründung wurde hauptsächlich ausgeführt, der klägerische Rechtsanwalt sei nicht zur Rechtsvertretung zugelassen und die Beklagte habe Anspruch auf eine Entschädigung aus Warenverlust, der von der Klägerin zu verantworten sei.

7.

Mit Replik und Widerklageantwort (Replik oder Widerklageantwort) vom 10. September 2018 stellte die Klägerin die folgenden Rechtsbegehren:

" 1.

Es sei auf die Widerklage nicht einzutreten und diese unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Widerklägerin abzuweisen.

Über diesen Antrag sei im Sinne eines prozessleitenden Bescheides vorab zu befinden.

2.

Eventualiter, nämlich falls der Antrag zu 1. nicht gutgeheißen werden sollte, so sei die Widerklage, soweit darauf eingetreten werden kann, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Widerklägerin abzuweisen.

3.

Es sei die Beklagte im Sinne der Klage zu verurteilen (verpflichten) der Klägerin mindestens CHF 36.200,99 samt 14,4 % Verzugszinsen seit 30.6.2016 aus CHF 34.809,50, samt 14,4 % Zinsen seit 9.3.2017 aus CHF 674,64 und samt 14,4 % Zinsen seit 7.4.2017 aus CHF 716,85 zu bezahlen.

4.

Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 40170431 des Betreuungsamtes S. sei aufzuheben.

5.

Die Beklagte sei zur Zahlung einer praxisgemäßen Parteienentschädigung zu verpflichten.

6.

Die Klägerin behält sich ausdrücklich vor, die Anträge nach Vorliegen der Beweisergebnisse zu modifizieren.

7.

Dies alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten."

Zur Begründung hält die Klägerin an ihren Ausführungen in der Klage fest. Sie bestreitet zudem sowohl den beklagischen Einwand gegen die Vertretungsbefugnis von Dr. Wolfgang Zarl als auch die geltend gemachten Forderungen. Die diesbezüglichen Vorbringen der Beklagten seien

nicht substantiiert, nicht schlüssig und unvollständig. Zudem seien die widerklageweise geltend gemachten Ansprüche verwirkt und verjährt.

8.

Die Beklagte erstattete am 6. November 2018 ihre Duplik und Widerklagereplik (Duplik oder Widerklagereplik) mit folgenden Rechtsbegehren:

" 1.

An den gestellten Anträgen wird festgehalten.

2.

Die Klägerin sei - zusätzlich - zu eine[m] vom Gericht festzulegenden Schadenersatz von mindestens CHF 11'750.-- an die Beklagte zu verpflichten, mit einem mittleren Verzugszinsdatum 1.1.2014 zu 5% (Zusatzaufwände, Image- und Kundenverlust, etc.).

3.

D[ie] Beklagte sei zur Zahlung einer praxisgemässen Parteientschädigung zu verpflichten.

4.

Die Beklagte behält sich ausdrücklich vor, die Anträge nach Vorliegen des Beweisergebnisses zu modifizieren[.]

5.

Ansonsten alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten des Beklagten."

Zur Begründung hält die Beklagte an ihren Ausführungen in der Klageantwort fest und macht zudem Schadenersatz wegen Image- und Kundenverluste bzw. Zusatzaufwänden geltend.

9.

Mit Widerklageduplik vom 14. Dezember 2018 stellte die Klägerin folgende Rechtsbegehren:

" 1.

Die Beklagte/Widerklägerin sei zu verurteilen, der Klägerin CHF 36'200.99 zuzüglich 14.4 % Zins seit dem 30. Juni 2016 auf CHF 34'809.50, 14.4 % Zins seit dem 9. März 2017 auf CHF 674.64 und 14.4 % Zins seit dem 7. April 2017 auf CHF 716.85, zu bezahlen.

2.

Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 40170431 des Betreibungsamtes S. sei im Umfang des gemäss Antrag Nr. 1 zugesprochenen Betrages aufzuheben.

3.

Die Widerklage sei vollumfänglich abzuweisen.

4.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten/Widerklägerin."

Zudem stellte die Klägerin folgenden Verfahrensantrag:

" Die S. T. AG, Industriestrasse 38, 4415 Lausen, wird im Sinne der einfachen Streitverkündung gemäss Art. 78 ZPO aufgefordert, die Klägerin und Widerbeklagte im vorliegenden Verfahren zu unterstützen. Das angerufene Gericht habe diese Erklärung der Streitberufenen mitzuteilen und sie über ihre Rechte und Pflichten zu orientieren."

Zur Begründung hielt die Klägerin im Wesentlichen an ihren Ausführungen in der Klage und Replik fest. Zum Verfahrensantrag führt die Klägerin aus, sie werde im Falle eines Unterliegens einen Anspruch gegen die S. T. AG geltend machen, da diese die Transportleistungen für die Klägerin erbracht habe.

10.

Mit Eingabe vom 8. November zeigte Dr. iur. Michael Hunziker an, dass er das Mandat von Dr. Wolfgang Zarl übernommen habe.

11.

11.1.

Mit Verfügung vom 17. Dezember 2018 teilte der Vizepräsident der S. T. AG die Streitverkündung der Klägerin mit und setzte ihr Frist bis zum 16. Januar 2019, um sich zur Streitverkündung zu erklären.

11.2.

Mit Verfügung vom 21. Januar 2019 informierte der Vizepräsident die Parteien, dass sich die streitberufene S. T. AG nicht vernehmen liess und der Prozess ohne Rücksicht auf diese fortgesetzt werde.

12.

12.1.

Am 31. Januar 2019 verfügte der Vizepräsident:

" Die Parteien haben dem Handelsgericht **bis 13. Februar 2019** schriftlich mitzuteilen, ob sie a) an der Durchführung einer Vermittlungsverhandlung interessiert sind sowie b) falls keine Vermittlungsverhandlung durchgeführt wird, auf eine Hauptverhandlung verzichten (Art. 233 ZPO) bzw. die Einreichung schriftlicher Schlussvorträge beantragen (Art. 232 Abs. 2 ZPO).

Stillschweigen innert Frist gilt als Antrag auf Durchführung einer Haupt-verhandlung."

12.2.

Mit Eingabe vom 6. Februar 2019 teilte die Beklagte mit, sie sei an einer Vergleichsverhandlung interessiert. Sollte sich kein Vergleich finden las-

sen, so halte sie an der Durchführung einer ordentlichen Hauptverhandlung fest.

12.3.

Mit Eingabe vom 11. Februar 2019 verzichtete die Klägerin sowohl auf die Durchführung einer Vermittlungs- als auch einer Hauptverhandlung.

13.

13.1.

Mit Verfügung vom 12. Februar 2019 ordnete der Vizepräsident die Durchführung einer Hauptverhandlung an.

13.2.

Mit Verfügung vom 19. Februar 2019 wurde die Streitsache ans Handelsgericht überwiesen und die Zusammensetzung des Gerichts bekannt gegeben.

13.3.

Am 27 Februar 2019 lud der Vizepräsident die Parteien zur Hauptverhandlung vor und erliess die Beweisverfügung.

14.

Am 7. Mai 2019 fand die Hauptverhandlung statt. Anlässlich dieser wies sich MLaw Rebecca Wyniger mit einer gültigen Substitutionsvollmacht als Rechtsvertreterin der Klägerin aus.

Die Parteien hielten ihre Schlussvorträge und konnten sich dabei je zwei Mal äussern.

15.

Daraufhin zog sich das Handelsgericht zur Beratung zurück und fällte das Urteil.

Das Handelsgericht zieht in Erwägung:

1. Zuständigkeit

Das Gericht prüft die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 60 ZPO). Darunter fallen insbesondere die örtliche und die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO).

1.1. Örtliche Zuständigkeit

Die Beklagte lässt sich auf die Klage und die Klägerin auf die Widerklage i.S.v. Art. 18 ZPO ein, weshalb die aargauischen Gerichte örtlich zuständig sind.

1.2. Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ergibt sich sowohl für die Klage als auch die Widerklage aus Art. 6 Abs. 2 ZPO, da die geschäftliche Tätigkeit beider Parteien betroffen ist, der Streitwert je über Fr. 30'000.00 liegt und die Prozessparteien im Handelsregister eingetragen sind.

2. Formelles

2.1. Vertretung der Klägerin

2.1.1. Parteibehauptungen

Die Beklagte führt aus, die Vertretung der Klägerin durch Dr. Wolfgang Zarl sei unzulässig, da sie nicht mit den Bestimmungen des Anwaltsgesetzes (BGFA) vereinbar sei. Auf die Klage sei demnach nicht einzutreten (Klageantwort, Rz. 4). Die Klägerin bestreitet dies (Replik, Rz. 3.1 ff.).

2.1.2. Rechtliches

Angehörige von EU- oder EFTA-Mitgliedstaaten, die berechtigt sind, den Anwaltsberuf in ihrem Herkunftsstaat auszuüben, sind im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs berechtigt, in der Schweiz Parteien vor den Gerichtsbehörden zu vertreten (Art. 21 Abs. 1 BGFA i.V.m. Art. 5 Abs. 1 FZA). Dienstleistungserbringende Anwälte haben unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung in der Amtssprache ihres Herkunftsstaates aufzutreten (Art. 24 BGFA). Eine Eintragung bei einer kantonalen Aufsichtsbehörde über die Anwältinnen und Anwälte ist nur bei ständiger Vertretung vorausgesetzt (Art. 27 Abs. 1 BGFA). Ob die Anwaltstätigkeit "ständig" i.S.v. Art. 27-29 BGFA oder lediglich vorübergehend im Rahmen des Dienstleistungsverkehrs (Art. 21-26 BGFA) und damit ohne Eintragung sowie ohne Aufenthaltserlaubnis ausgeübt werden kann, ist nach ihrer Häufigkeit und Dauer zu beurteilen.¹ Die Ausübung im Rahmen des Dienstleistungsverkehrs zeichnet sich dadurch aus, dass sie nur punktuell und vorübergehend erfolgt.²

2.1.3. Würdigung

Dr. Wolfgang Zarl ist als Rechtsanwalt in der Liste der Rechtsanwälte der Salzburger Rechtsanwaltskammer eingetragen (KB 31). Er tritt, wie im Anhang zum BGFA für Österreich vorgesehen, unter der Berufsbezeichnung "Rechtsanwalt" auf. Mit Eingaben vom 16. und 18. April 2018 erklärte Dr. Wolfgang Zarl, er vertrete die Klägerin bereits seit Jahren. Seine anwaltliche Tätigkeit übe er fast ausschliesslich in Österreich aus und er werde in der Schweiz nur tageweise forensisch tätig, jedenfalls weniger als 90 Tag pro Jahr (Eingabe vom 16. April 2018, Ziff. 2). Dass Dr. Wolfgang Zarl in der Schweiz noch anderweitig anwaltlich tätig ist, ist dem Handelsgericht weder bekannt noch wird dies von der Beklagten vorgebracht. Zudem sind weder Anstalten von Dr. Wolfgang Zarl ersichtlich, die

¹ BGer 2A.536/2003 vom 9. August 2004 E. 3.2.1 f. m.w.N.

² DREYER, in: Fellmann/Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Aufl. 2011, Art. 21 N. 5.

auf die Ausübung einer ständigen gerichtlichen Vertretung i.S.v. Art. 27-29 BGFA hinweisen würden (Büroeinrichtung, ständige Adresse in der Schweiz, etc.) noch wurden entsprechende Behauptungen von der Beklagten vorgebracht. Demnach liegt betreffend Dr. Wolfgang Zarl keine ständige Vertretung i.S.v. Art. 27-29 BGFA vor. Da die ZPO keinen Anwaltszwang kennt,³ kommt Art. 23 BGFA, entgegen der Ansicht der Beklagten, vorliegend nicht zur Anwendung.

Die von Dr. Wolfgang Zarl vorgenommenen Verfahrenshandlungen sind damit nicht zu beanstanden.

2.2. Formelle Anforderung an die Klageschrift

2.2.1. Parteibehauptungen

Die Beklagte behauptet, die Klage enthalte keine Tatsachenbehauptungen, kein Beweismittelverzeichnis und keine genauen Verweise auf die eingereichten Beilagen. Auf die Klage sei demnach nicht einzutreten (Klageantwort, Rz. 4 f.).

2.2.2. Rechtliches

Nach Art. 221 Abs. 1 ZPO hat eine Klage die Bezeichnung der Parteien und deren allfällige Vertreter, das Rechtsbegehren, die Angabe des Streitwerts, die Tatsachenbehauptungen, die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen, das Datum und die Unterschrift zu enthalten. Als Beilagen sind zudem a) bei einer Vertretung die Vollmacht, b) die verfügbaren Urkunden, die als Beweismittel dienen sollen, und c) ein Verzeichnis der Beweismittel einzureichen (Art. 221 Abs. 2 ZPO). Bei Einreichung einer mangelhaften Klage kann der Klägerin eine Nachfrist zur Verbesserung angesetzt werden, innert der die Mängel zu beheben sind. Bei Säumnis gilt die Eingabe als nicht erfolgt (Art. 132 Abs. 1 ZPO).

Betreffend die Anforderung an die Behauptungs- und Substantiierungslast und die Frage der Beweismittelverbindung wird auf die Ausführungen unten in E. 3 verwiesen. Ein nicht schlüssiger oder nicht substantiierter Tatsachenvortrag führt zur Abweisung der Klage und nicht zu einem Nichteintreten.

2.2.3. Würdigung

Die Klage vom 28. März 2018 enthält sämtliche in Art. 221 ZPO geforderten Elemente. Zwar fehlte anfänglich ein Beweismittelverzeichnis. Dieses wurde jedoch mit Eingabe vom 16. April 2018 nachgereicht. Was die Tatsachenbehauptungen angeht, so sind diese zwar äusserst kurz gehalten, doch beziehen sie sich auf die mit den Rechtsbegehren geltend gemachten Forderungen.

³ BK ZPO I-STERCHI, 2012, Art. 68 N. 8.

Die Klage erfüllt demnach die formellen Anforderungen.

2.3. Zulässigkeit der Widerklage

Die Widerklage der Beklagten ist zulässig, da sie in der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen ist (ordentliches Verfahren; Art. 224 Abs. 1 ZPO) und die Beurteilung der Widerklage angesichts des Streitwertes von Fr. 60'690.25 (Klageantwort, Rechtsbegehren Ziff. 3), des Eintrags der Klägerin im Handelsregister (KB 28) sowie der Betroffenheit deren geschäftlichen Tätigkeit in die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts fällt.⁴

2.4. Zulässigkeit der Klageänderung

2.4.1. Rechtliches

Eine Klageänderung ist nach Art. 227 Abs. 1 ZPO zulässig, sofern der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und a) mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang (sog. Konnexität) steht oder b) die Gegenpartei zustimmt. Zur Beurteilung des für die anwendbare Verfahrensart relevanten Streitwerts wird bei der Klageänderung auf den Gesamtstreitwert abgestellt, wie er sich nach der Erhöhung des Streitwerts ergibt.⁵ Der sachliche Zusammenhang eines geänderten Rechtsbegehrens ist dann gegeben, wenn die beiden prozessualen Ansprüche dem gleichen oder benachbarten Lebensvorgang entstammen. Zu fragen ist, a) ob die prozessualen Ansprüche dem gleichen (identischen) Lebensvorgang entstammen, b) ob sie aus verschiedenen, aber immerhin gleichartigen (konnexen) Klagegründen hergeleitet werden oder c) ob bloss eine enge rechtliche Beziehung zwischen den Parteien besteht, ohne dass sich die Ansprüche im ursprünglichen eingeklagten Sachverhalt berühren, wobei im letzten Fall der sachliche Zusammenhang zu verneinen wäre.⁶

Wird die Klageänderung erst nach Aktenschluss vorgenommen, so muss sie zudem auf neuen Tatsachen oder Beweismitteln beruhen (Art. 230 Abs. 1 lit. b ZPO).

2.4.2. Würdigung

2.4.2.1. Änderung in der Widerklagereplik

Die Beklagte erweitert in der Widerklagereplik ihr in der Widerklage gestelltes Rechtsbegehren dahingehend, dass die Klägerin zusätzlich zu einem "Schadenersatz von mindestens CHF 11'750.-- an die Beklagte [...], mit einem mittleren Verzugszinsdatum 1.1.2014 zu 5 % [...]" zu verpflichten sei. Auch dieser Schadenersatzanspruch wäre unter Berücksichtigung

⁴ Vgl. VETTER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl. 2016, Art. 6 N. 40 m.w.N.

⁵ BSK ZPO-WILLISEGGER, 3. Aufl. 2017, Art. 227 N. 38.

⁶ BSK ZPO-WILLISEGGER (Fn. 5), Art. 227 N. 29 ff.

des Gesamtstreitwertes im ordentlichen Verfahren zu behandeln. Sowohl der widerklageweise geltend gemachte Anspruch (Klageantwort, Rechtsbegehren Ziff. 3) als auch die geänderten Widerklageansprüche (Duplik, Rechtsbegehren Ziff. 2) sind auf die Speditionsleistungen der Klägerin zurückzuführen (Klageantwort, Rz. 27; Duplik, Rz. 36). Damit ist auch der erforderliche sachliche Zusammenhang gegeben.

Die Änderung der Widerklage ist demnach zulässig.

2.4.2.2. Änderungen anlässlich der Hauptverhandlung

Die Beklagte ändert in ihrem ersten Parteivortrag anlässlich der Hauptverhandlung ihre in der Klageantwort und Widerklage gestellten Rechtsbegehren Ziff. 2 und 3 wie folgt: "Ziffer 2: Klageabweisung aufgrund von Verrechnung basierend auf den widerklageweise beantragten Teilforderungen und der eventualiter erhobenen Verrechnu[n]gsforderung von mindestens 11'750.-- gemäss Ziffer 2 der Klageduplik/Widerklagereplik." und "Ziffer 3:Gutheissung der Widerklage soweit diese nicht bereits aufgrund der Verrechnung gemäss Ziff. 2 berücksichtigt/getilgt worden sind (Eventualbegehren)." (Plädoyernotizen S. 1 f. [Bestandteil des Protokolls der Hauptverhandlung vom 7. Mai 2019]).

Zwar liegt auch hier der erforderliche sachliche Zusammenhang vor (Art. 230 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO). Die Beklagte führt allerdings nirgends aus und es ist auch nicht ersichtlich, gestützt auf welche neuen Tatsachen oder Beweismittel diese Klageänderungen fussen. Entsprechend sind die Anforderungen an eine Klageänderung nach Aktenschluss nicht erfüllt (Art. 230 Abs. 1 lit. b ZPO).

Die anlässlich der Hauptverhandlung vorgebrachten Klageänderungen sind demnach unzulässig.

2.5. Auslegung der beklagtischen Rechtsbegehren

Soweit die Beklagte anlässlich der Hauptverhandlung Hinweise zur Auslegung ihrer Rechtsbegehren Ziff. 4 der Klageantwort und Ziff. 3 der Klageduplik betreffend die Parteientschädigung gibt (Plädoyernotizen S. 2 [Bestandteil des Protokolls der Hauptverhandlung vom 7. Mai 2019]), ist hiergegen nichts einzuwenden. Da es sich in beiden Fällen um offensichtlich irrtümliche Bezeichnungen handelt, sind diese Rechtsbegehren nach Treu und Glauben so auszulegen, dass die Parteientschädigung zugunsten der Beklagten und Widerklägerin und zulasten der Klägerin und Widerbeklagten auszusprechen wären.

2.6. Noven anlässlich der Hauptverhandlung

Die Beklagte reicht in ihrem ersten Parteivortrag anlässlich der Hauptverhandlung drei neue Dokumente ein (aktualisierte Fehlliste per 07.05.2019, Aufnahme einer Verpackungseinheit zum (bildlichen) Verständnis des

Geschäftsprozesses und Auszug der "J. " Website – Standorte) (Protokoll der Hauptverhandlung vom 7. Mai 2019, S. 3).

Es wird weder behauptet, dass die eingereichten Photographien und der Auszug der klägerischen Website erst nach Abschluss des Schriftenwechsels entstanden sind noch weshalb es der Beklagten trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich gewesen sein soll, diese vor Aktenschluss vorzubringen. Diese Noven sind daher nicht zulässig. Dasselbe gilt für die neu vorgetragenen Tatsachenbehauptungen, soweit diese nicht bereits in den Rechtsschriften enthalten waren. Die aktualisierte "Fehlliste" ist so dann für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens alleine schon deshalb irrelevant, weil sie sich auf eine vorliegend nicht relevante Zeitperiode bezieht. Die Frage, ob sie in zulässiger Weise vorgebracht wurde, braucht daher nicht beantwortet zu werden.

3. Verhandlungsmaxime

Vorliegend gilt die Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Auf die sich daraus ergebenden Obliegenheiten der Parteien ist vorab einzugehen:

3.1. Behauptungslast

Gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Den Prozessparteien obliegt die Behauptungslast.⁷ Die Aufteilung der Behauptungslast zwischen den Parteien folgt der Beweislastverteilung nach Art. 8 ZGB.⁸ Somit trägt die Behauptungslast für rechtserzeugende Tatsachen, wer ein Recht oder Rechtsverhältnis behauptet; für rechtsaufhebende Tatsachen, wer die Aufhebung oder den Untergang eines Rechts behauptet (z.B. Verwirkung, Erlass etc.) und für rechtshindernde Tatsachen, wer sich darauf beruft (z.B. Verjährung, Stundung etc.).⁹ Dementsprechend hat das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zu behaupten, wer einen vertraglichen Anspruch erhebt.¹⁰

Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten; es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden rechtlichen Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden.¹¹ Was offensichtlich in anderen, ausdrücklich vorgebrachten Parteibehauptungen enthalten ist, muss nicht explizit behauptet werden.

⁷ Vgl. BGer 4A_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2.2, 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2.

⁸ BGE 132 III 186 E. 4.

⁹ Vgl. SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Fn. 4), Art. 55 N. 18.

¹⁰ BGE 128 III 271 E. 2.a.aa.

¹¹ BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1, 4A_195/2014 und 4A_197/2014 vom 27. November 2014 E. 7.3.2 m.w.N. (nicht publ. in BGE 140 III 602).

tet werden (sog. implizite bzw. mitbehauptete Tatsachen).¹² Blosser Mutmassungen stellen jedoch keine rechtsgenügenden Tatsachenbehauptungen dar.¹³ Ist ein Tatsachenvortrag im erwähnten Sinne vollständig, so wird er als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt.¹⁴

Tatsachenbehauptungen sind grundsätzlich in den Rechtsschriften aufzustellen (Art. 221 Abs. 1 lit. d und Art. 222 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Der bloss pauschale Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht.¹⁵ Durch einen Verweis auf Urkunden können Sachverhaltselemente jedoch ausnahmsweise als behauptet gelten, wenn es überspitzt formalistisch wäre, eine Übernahme des Urkundeninhalts in die Rechtsschrift zu verlangen. Das ist jedoch nicht bereits dann der Fall, wenn die verlangten Informationen in einer Beilage in irgendeiner Form vorhanden sind. Weil ein Verweis auf Akten nicht dazu führen darf, dass die Gegenpartei und das Gericht die relevanten Tatsachen aus der Beilage selbst zusammensuchen müssen, muss auf die fragliche Information bzw. Tatsache problemlos zugegriffen werden können und es darf kein Interpretationsspielraum bestehen.¹⁶ Der entsprechende Verweis in der Rechtsschrift muss spezifisch ein bestimmtes Aktenstück nennen und aus dem Verweis muss selbst klar werden, welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen.¹⁷ Ein problemloser Zugriff ist gewährleistet, wenn eine Beilage selbsterklärend ist und genau die verlangten (bzw. in der Rechtsschrift bezeichneten) Informationen enthält. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, kann ein Verweis nur genügen, wenn die Beilage in der Rechtsschrift derart konkretisiert und erläutert wird, dass die Informationen ohne weiteres zugänglich werden und nicht interpretiert und zusammengesucht werden müssen.¹⁸ Die in der Praxis beliebten Pauschalverweise auf eingereichte Akten bzw. die allgemeine Erklärung, diese würden "integrierenden Bestandteil" der Rechtsschrift bilden, stellen deshalb keine hinreichenden Behauptungen dar bzw. können fehlende Behauptungen nicht ersetzen.¹⁹

3.2. Bestreitungslast

Die Kehrseite der Behauptungslast ist die sog. Bestreitungslast: Bestreitet eine Partei eine Tatsachenbehauptung ihres Gegners nicht, gilt diese als unbestritten und die betreffende Tatsache kann dem Entscheid ohne weiteres zugrunde gelegt werden, da über nicht bestrittene Tatsachen kein

¹² BGer 4A_625/2015 vom 29. Juni 2016 E. 4.1, 5P.445/2004 vom 9. März 2005 E. 2.3.2, 5C.26/1991 vom 30. September 1991 E. 3a.

¹³ BGer 4A_667/2014 vom 12. März 2015 E. 3.2.2.

¹⁴ BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1, 4A_195/2014 und 4A_197/2014 vom 27. November 2014 E. 7.3.2 m.w.N. (nicht publ. in BGE 140 III 602).

¹⁵ BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.1 m.w.N.

¹⁶ BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2, 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.2 f.

¹⁷ BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2.

¹⁸ BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.1 m.w.N.

¹⁹ BK ZPO I-HURNI, 2012 Art. 55 N. 21 m.w.N.

Beweis geführt zu werden braucht (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO).²⁰ Art. 222 Abs. 2 ZPO verlangt von der beklagten Partei, darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei im Einzelnen anerkannt oder bestritten werden. Es ist deshalb empfehlenswert, die Tatsachenbehauptungen der Klägerin detailliert, d.h. Punkt für Punkt zu bestreiten. Bestreitungen sind dabei so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen damit bestritten werden; die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so bestimmt sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss. Der Grad der Substantiierung einer Behauptung beeinflusst insofern den erforderlichen Grad an Substantiierung einer Bestreitung; je detaillierter einzelne Tatsachen eines gesamten Sachverhalts behauptet werden, desto konkreter muss die Gegenpartei erklären, welche dieser einzelnen Tatsachen sie bestreitet. Je detaillierter mithin ein Parteivortrag ist, desto höher sind die Anforderungen an eine substantiierte Bestreitung. Diese sind zwar tiefer als die Anforderungen an die Substantiierung einer Behauptung; pauschale Bestreitungen reichen indessen selbst dann nicht aus, wenn sie explizit erfolgen. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird.²¹ Auch ein implizites Bestreiten genügt unter diesen Voraussetzungen den Anforderungen der rechtsgenügenden Bestreitung.²²

3.3. Substantiierungslast

Bestreitet aber der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei in rechtsgenügender Weise, so greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann.²³ Das Beweisverfahren darf nicht dazu dienen, ein ungenügendes Parteivorbringen zu vervollständigen.²⁴ Der nicht oder nicht substantiiert vorgebrachte Sachverhalt ist im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime dem nicht bewiesenen Sachverhalt gleichzusetzen.²⁵

3.4. Bezeichnung der Beweismittel

Die Parteien haben im Rahmen der Verhandlungsmaxime die einzelnen Beweismittel zu bezeichnen (vgl. Art. 221 Abs.1 lit. e ZPO, wonach die

²⁰ BK ZPO I-HURNI (Fn. 19), Art. 55 N. 37 mit Verweis auf Art. 150 Abs. 1 ZPO.

²¹ BGE 141 III 433 E. 2.6; BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 4.1, 4A_284/2017 vom 22. Januar 2018 E. 3.3.

²² SCHMID/HOFER, Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der schriftlichen Duplik, ZZZ 2016, S. 285 m.w.N.

²³ BGer 4A_443 vom 30. April 2018 E. 2.1, 4A_195/2014 und 4A_197/2014 vom 27. November 2014 E. 7.3.2 m.w.N. (nicht publ. in BGE 140 III 602).

²⁴ DOLGE, Anforderungen an die Substanziierung, in: Dolge (Hrsg.), Substantiieren und Beweisen, 2013, S. 21; vgl. auch BGE 108 II 337 E. 3.

²⁵ BGer 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2; KUKO ZPO-OBERHAMMER, 2. Aufl. 2013, Art. 55 N. 12.

Klage die Tatsachenbehauptungen sowie die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen zu enthalten hat). Dazu gehört auch, dass aus dem Zusammenhang klar wird, inwiefern die angerufenen Beweismittel den angestrebten Beweis erbringen sollen. Es genügt nicht, in der Klage Behauptungen aufzustellen und pauschal auf die Klagebeilagen zu verweisen.²⁶ Ein Beweismittel ist nur dann formgerecht angeboten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt.²⁷ Deshalb sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die entsprechenden Tatsachenbehauptungen aufzuführen, welche durch sie bewiesen werden sollen ("Prinzip der sog. Beweismittelverbindung").²⁸ Es ist hingegen unzureichend, einen ganzen Sachverhaltskomplex zu behaupten und lediglich pauschal auf eine Vielzahl von Urkunden oder eine Anzahl Zeugen zu verweisen.²⁹ Bei umfangreichen Urkunden ist zudem die für die Beweisführung erhebliche Stelle zu bezeichnen (Art. 180 Abs. 2 ZPO).³⁰

4. Klage

4.1. Offene Rechnungen

4.1.1. Parteibehauptungen

Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe sie mit der Ausführung speditioneller Leistungen beauftragt. Diese habe die Klägerin auftrags- und ordnungsgemäss erbracht und dafür insgesamt Fr. 34'809.50 in Rechnung gestellt. Die Rechnungen seien sogleich (Klage, Rz. 3) bzw. binnen 30 Tagen (Replik, Rz. 4.11) zur Zahlung fällig gewesen. Die Beklagte habe trotz Mahnung nicht bezahlt (Klage, Rz. 3; Replik, Rz. 4.11).

Die Beklagte bestreitet pauschal sämtliche klägerischen Behauptungen (Klageantwort, Rz. 3 und 23; Duplik, Rz. 4 und 35). Weiter bestreitet die Beklagte, dass die Klägerin den Vertrag ordnungsgemäss und sorgfältig ausgeführt habe (Klageantwort, Rz. 25). Ferner habe sie der Klägerin im Jahre 2016 bereits Zahlungen von über Fr. 40'000.00 geleistet (Klageantwort, Rz. 7) sowie am 9. März 2016 eine Zahlung von Fr. 4'188.35. Diese finde sich nirgends in den Gutschriften (Duplik, Rz. 35).

²⁶ BGer 4A_195/2014 und 4A_197/2014 vom 27. November 2014 E. 7.3.3 m.w.N. (nicht publ. in BGE 140 III 602).

²⁷ BGer 4A_370/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 3.3 m.w.N.

²⁸ BK ZPO II-KILLIAS, 2012, Art. 221 N. 29; PAHUD, in: Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, Art. 221 N. 16. ff. Das "Prinzip der sog. Beweismittelverbindung" galt auch schon in der aarg. Zivilprozessordnung (EDELMAHN, in: Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 1998, § 167 N. 5).

²⁹ BK ZPO II-KILLIAS (Fn. 28), Art. 221 N. 29.

³⁰ BK ZPO II-RÜETSCHI (Fn. 28), Art. 180 N. 17 ff.; WEIBEL, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Fn. 4), Art. 180 N. 10 ff. je m.w.N.

4.1.2. Rechtliches

Für die rechtsaufhebende Einwendung der Tilgung trägt jene Partei die Beweislast, welche die Tilgung einwendet.³¹ Zum Entlastungsbeweis gehört der Nachweis der Erfüllung der eingeklagten Forderung, nicht einfach, dass etwas geleistet wurde.

4.1.3. Würdigung

Die Parteien standen unbestrittenermassen in einem Vertragsverhältnis zueinander, das die Besorgung des Transports von Gaszylindern umfasste.

Die Klägerin behauptet knapp, dass sie ihren vertraglichen Pflichten nachgekommen sei, diese in Rechnung gestellt, gemahnt bzw. die Beklagte betreiben lassen habe und die Beklagte nicht geleistet habe. Ein solcher Tatsachenvortrag gilt als schlüssig, weil sämtliche Tatbestandselemente des materiellen Anspruchs abgedeckt sind.

Was die Beklagte hiergegen vorbringt, überzeugt nicht: Soweit sie nur pauschal bestreitet, werden die prozessualen Anforderungen nicht erfüllt (vgl. oben E. 3). Ist die Beklagte der Ansicht, es könne ihr keine stillschweigende Anerkennung i.S.v. Art. 222 Abs. 2 ZPO entgegengehalten werden, so verkennt sie, dass die Bestreitungslast ihr die Obliegenheit aufbürdet, die von der Klägerin ausgeführten Tatsachenbehauptungen, *im Einzelnen* zu bestreiten. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer *bestimmten* gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird. Diese Anforderung kann eine pauschale Bestreitung nicht erfüllen (vgl. oben E. 3.2). Damit gelten die von der Klägerin behaupteten massgebenden Tatsachen (Vertragsbestand, Erfüllung der vertraglichen Pflichten, Rechnungstellung, Fälligkeit zum heutigen Zeitpunkt, Mahnung, Betreibung) als unbestritten und können dem Entscheid ohne Weiteres zugrunde gelegt werden.

Soweit die Beklagte behauptet, sie habe der Klägerin bereits Fr. 40'000.00 und Fr. 4'188.35 bezahlt, unterlässt sie es zu behaupten, welche der klägerischen Forderungen sie damit bezahlt habe bzw. aus "auftragsrechtlicher Sorgfaltspflicht" verrechnet werden soll (Duplik Rz. 35). Ihr Vortrag ist diesbezüglich nicht schlüssig.

Somit ist betreffend die Klage von einem schlüssigen und nicht bestrittenen Tatsachenvortrag auszugehen, weshalb der Klägerin die eingeklagten Forderungen im Umfang von Fr. 34'809.50 zuzusprechen sind.

³¹ Vgl. BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, 6. Aufl. 2018, Art. 8 N. 58.

4.2. Verzugszins

4.2.1. Parteibehauptungen

4.2.1.1. Zum Verzugszins

Die Klägerin verlangt für die eingeklagten Forderungen von insgesamt Fr. 34'809.50 ab dem 30. Juni 2016 einen Verzugszins von 14.4 % p.a. Sie behauptet einerseits, die von ihr gestellten Rechnungen seien sogleich (Klage, Ziff. 3) bzw. gemäss Art. 27 AB SPEDLOGSWISS (AB Sped) mit Rechnungsstellung (Replik, Ziff. 4.11) zur Zahlung fällig gewesen, und andererseits, die Rechnungen seien vereinbarungsgemäss innert 30 Tagen zur Zahlung fällig gewesen (Replik, Ziff. 4.11). Ab Inverzugsetzung sei gemäss Art. 27 AB Sped pro angebrochenem Monat 1.2 % (14.4 % p.a.) Verzugszins geschuldet. Die Beklagte habe trotz Fälligkeit und Mahnungen keine Zahlung geleistet (Klage, Rz. 3; Replik Rz. 4.11).

Zur Fälligkeit und zu den behaupteten Mahnungen der Klägerin äussert sich die Beklagte nicht.

4.2.1.2. Zur Geltung der AB Sped

Zur Geltung der AB Sped behauptet die Klägerin, diese seien zwischen den Parteien vereinbart worden (Klage, Ziff. 3). Auf die Verwendung der AB Sped als Geschäftsgrundlage sei während der mehrere Jahre dauernden Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien gut lesbar auf sämtlichen Offerten, Rechnungen und E-Mails hingewiesen worden. Der Geltung der AB Sped habe die Beklagte nie widersprochen (Replik, Rz. 4.2). Die AB Sped gälten auch aufgrund stillschweigender Vereinbarung, wenn in einer Geschäftsbeziehung Aufträge laufend unter Hinweis auf die Einbeziehung dieser Bestimmungen erteilt würden. Dies sei hier der Fall (Replik, Rz. 4.3).

Die Beklagte bestreitet, dass die AB Sped Vertragsbestandteil geworden seien (Klageantwort, Rz. 24; Duplik, Rz. 33). Die von der Klägerin aufgeführte Offerte vom 22. Dezember 2015, die in der Periode 2016 zur Anwendung gelangt sei (KB 1), erwähne die AB Sped nicht. Diese seien nie Gegenstand der Vertragsverhandlungen und der Offerten gewesen (Klageantwort, Rz. 24; Duplik, Rz. 33).

4.2.2. Rechtliches

Nach Art. 104 Abs. 1 OR hat der Schuldner Verzugszins zu leisten, wenn er sich mit der Zahlung der Geldschuld im Verzug befindet. Der gesetzliche Verzugszins beträgt 5 % p.a. (Art. 104 Abs. 1 OR). Falls die Parteien einen höheren Zinssatz als 5 % p.a. vereinbart haben, kann gemäss Art. 104 Abs. 2 OR dieser auch während des Verzugs gefordert werden.³²

³² BK OR-WEBER, 2000, Art. 104 N. 71 m.w.N.

Der Schuldnerverzug setzt die Fälligkeit der Forderung voraus (Art. 102 Abs. 1 OR). Fällig ist eine Forderung dann, wenn deren Gläubiger die Leistung fordern und einklagen darf.³³ Dabei gilt der Grundsatz, dass eine Forderung sofort fällig wird, sofern nichts anderes verabredet wurde oder sich aus der Natur des Rechtsverhältnisses ergibt (Art. 75 OR). Ist eine Verbindlichkeit fällig, wird der Schuldner grundsätzlich durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR), sofern nicht bereits ein bestimmter Verfalltag verabredet wurde (Art. 102 Abs. 2 OR). Die Mahnung ist eine an den Schuldner gerichtete Erklärung des Gläubigers, durch die er in unmissverständlicher Weise, die unverzügliche Erbringung der fälligen Leistung beansprucht.³⁴ In der Mahnung muss der Gläubiger den Schuldner daher unmissverständlich zur Leistung auffordern³⁵ und klar angeben, in welchem Umfang er Leistung fordert. Geldforderungen sind daher zu beziffern.³⁶ Ohne vorgängige Mahnung laufen die Zinsen erst ab Zustellung des Zahlungsbefehls, dem dann die Funktion einer Mahnung zukommt.³⁷

Bei den AB Sped handelt es sich um sog. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB).³⁸ Diese sind Vertragsbestimmungen, die im Hinblick auf eine Vielzahl von Verträgen eines bestimmten Typs generell vorformuliert wurden.³⁹ AGB können nur Geltung erlangen, wenn sie von den Parteien übernommen wurden ("Keine Geltung ohne Übernahme"). Der Einbezug der AGB bedarf folglich des Konsenses durch die Parteien.⁴⁰ Die Abrede über den Einbezug der AGB muss jedoch nicht zwingend ausdrücklich, sondern kann auch stillschweigend erfolgen. Ein stillschweigender Einbezug ist dann anzunehmen, wenn beide Parteien die Geltung der betreffenden AGB als selbstverständlich voraussetzen. Unter Kaufleuten gilt indessen der aus Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) ergehende Grundsatz, dass AGB, auf die Bezug genommen wird, jeweils Vertragsinhalt werden, wobei dies selbst bei grundsätzlich regelmässig erfolgter, im Einzelfall aber unterbliebener Verwendung der AGBs gelte. Bei einem Kaufmann, welcher regelmässig die Beförderungswirtschaft in Anspruch nimmt und um den Bestand solcher AGB weiss, darf gar erwartet werden, dass er diese selbst wegbedingt, wenn er sie nicht zur Anwendung kommen lassen will.⁴¹ Nach SCHULER ist deshalb der Kunde, der vom Verwei-

³³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 10. Aufl. 2014, N. 45; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 10. Aufl. 2014, N. 2153 ff.

³⁴ BSK OR I-WIEGAND, 6. Aufl. 2015, Art. 102 N. 5.

³⁵ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 33), N. 2705.

³⁶ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 33), N. 2708.

³⁷ GUHL/KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl. 2000, § 32 N. 11.

³⁸ Vgl. BGE 77 II 154; ISLER, ZSR 1982, S. 379.

³⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 33), N. 1117.

⁴⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 33), N. 1128.

⁴¹ ISLER (Fn. 38), S. 384, unter Verweis auf BGE 77 II 154 E. 4.

sungswillen auf die betreffenden AGB Kenntnis haben *musste*, gehalten, den Widerspruch dem Verweisenden zu erklären, wenn er die Geltung der AGB verhindern will.⁴² Was deren Inhalt angeht, genügt es, dass die andere Partei, die in nicht zu übersehender Weise, auf das Bestehen allgemeiner Geschäftsbedingungen aufmerksam gemacht wird, die Möglichkeit hat, sich von deren Inhalt Kenntnis zu verschaffen. Ob sie sich dazu die Mühe macht, ist rechtlich bedeutungslos.⁴³

4.2.3. Würdigung

4.2.3.1. Geltung AB Sped

Soweit die Klägerin in ihrer Klage in allgemeiner Weise auf "Aufträge", "Rechnungen", "Transportunterlagen", "Kontoauszug", "AB SPEDLOG-SWISS", "Zeugen" und "Parteienvernehmung" als Beweismittel verweist, um die Geltung der AB Sped zu beweisen, genügt sie ihrer Obliegenheit, die Beweismittel mit den zu beweisenden Tatsachen in eine sinnvolle Verbindung zu bringen ("Prinzip der sog. Beweismittelverbindung"; vgl. oben E. 3.4), nicht: Es ist weder die Aufgabe des Gerichts noch der Gegenpartei, aus einer solchen Vielzahl an Beweismitteln jene herauszusuchen, welche die klägerischen Behauptungen beweisen sollen. Aus der Klage kann die Geltung der AB Sped somit nicht nachgewiesen werden.

In ihrer Replik führt die Klägerin aus, Hinweise auf die AB Sped hätten sich gut lesbar während der mehrere Jahre dauernden Geschäftsbeziehung auf sämtlichen Offerten sowie auf allen Rechnungen, E-Mails etc. der Klägerin befunden. Als Beweismittel nennt sie auch hier nur pauschal "AB SPEDLOGSWISS", "Offerte", "Rechnungen", "Korrespondenz der Klägerin", "Zeuge G.G.", "Parteienbefragung". Auch hier handelt es sich um einen pauschalen Verweis auf zahlreiche Beweismittel, womit die Klägerin ihrer Obliegenheit zur Bezeichnung der Beweismittel nicht nachkommt. Es ist weder die Aufgabe des Gerichts noch der Gegenpartei, herauszufinden, welche konkreten Beweismittel die Klägerin mit solch pauschalen Bezeichnungen meint. In Bezug auf den Zeugen G.G. verpasst es die Klägerin ferner auszuführen, inwiefern dieser Hinweise zur Vereinbarung der AB Sped liefern können soll. Kommt hinzu, dass die Parteien bereits mit Verfügung vom 12. Juli 2018 eingehend auf die aus der Verhandlungsmaxime folgenden Obliegenheiten aufmerksam gemacht wurden.

Weil die Beklagte besonders auf die Offerte für das Jahr 2016 (KB 1) eingeht, sei an dieser im Sinne eines Beispiels zudem festgehalten, dass diese keinen Verweis auf die AB Sped enthält. Diese Offerte kann daher den Einbezug der AB Sped für das Jahr 2016 nicht beweisen. Im Übrigen

⁴² SCHULER, Über Grund und Grenzen von AGB, 1978, S. 26 f.

⁴³ BGE 77 II 154 E. 4; ISLER (Fn. 38), S. 383.

behauptet die Klägerin auch nicht, dass die Beklagte um das Bestehen der AB Sped wusste oder hätte wissen müssen.

Soweit die Klägerin in ihrer Widerklageduplik weitere Ausführungen zur Geltung der AB Sped macht und zusätzliche Beweismittel einreicht, ist sie nicht zu hören: Der Aktenschluss fiel für die Klage mit Erstattung der Duplik durch die Beklagte. Später können Tatsachen und Beweismittel nur noch unter den Einschränkungen des Novenrechts nach Art. 229 ZPO vorgebracht werden. Es ist weder ersichtlich noch begründet die Klägerin, weshalb es sich bei den neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln in der Widerklageduplik um zulässige echte oder unechte Noven handeln soll. Die entsprechenden Behauptungen in der Widerklageduplik sind daher für die Klage nicht zu beachten.

Es kann damit festgehalten werden, dass die AB Sped im Zusammenhang mit den vorliegend zu beurteilenden Forderungen der Klägerin nicht Vertragsbestandteil geworden sind.

4.2.3.2. Verzugszins

Die Klägerin behauptet nur in widersprüchlicher Weise, wann ihre in Rechnung gestellten Forderungen fällig geworden sein sollen. Damit liegt für die behauptete Parteiabrede kein schlüssiger Tatsachenvortrag vor. Da die AB Sped nicht gültig einbezogen wurden (vgl. oben E. 4.2.3.1), richtet sich die Fälligkeit nach dispositivem Recht, womit die Forderungen gemäss Art. 75 OR sofort fällig wurden, d.h. die letzte Rechnung am 31. Januar 2017. Auf weitere Ausführungen zu den Fälligkeiten der davor gestellten einzelnen Rechnungen der Klägerin kann daher verzichtet werden.

Ein Anspruch auf Verzugszins entsteht jedoch erst per Verzugseintritt (vgl. Art. 104 OR). Die Klägerin erwähnt zwar, dass sie die Beklagte gemahnt habe, behauptet jedoch nicht, wann diese Mahnung ausgesprochen wurde bzw. der Beklagten zugegangen ist. Daran vermag der offerierte Beweis "Mahnungen" nach Rz. 4.12 der Replik nichts zu ändern: Weder genügte die Beweisofferte dem Erfordernis des Prinzips der Beweismittelverbindung (vgl. oben E. 3.4) noch lässt die Beweisbezeichnung einen zweifellosen Schluss auf das betreffende Dokument in den Beweisunterlagen zu.

Demnach wurde die Beklagte erst mit Zustellung des Zahlungsbefehls am 28. April 2017 in Verzug gesetzt. Ein gesetzlicher Verzugszins im Umfang von 5 % ist damit erst ab dem 28. April 2017 geschuldet.

4.3. Mahn- und Betreuungskosten

4.3.1. Parteibehauptungen

Die Klägerin macht neben der Forderung aufgrund erbrachter Speditionsleistungen und den Verzugszinsen Mahnkosten von Fr. 674.64 und für den Verzug vereinbarte Betreuungskosten von Fr. 716.85, jeweils zzgl. 14.4 % Zinsen seit dem 9. März 2017 bzw. dem 7. April 2017 geltend (Klage, Rechtsbegehren Ziff. 1 und Rz. 3).

Die Beklagte bestreitet diese Forderungen nur pauschal (vgl. dazu oben E. 4.1.3).

4.3.2. Rechtliches und Würdigung

4.3.2.1. Mahnkosten

Befindet sich der Schuldner im Verzuge, so hat er Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung zu leisten (Art. 103 Abs. 1 OR). Er kann sich von dieser Haftung durch den Nachweis befreien, dass der Verzug ohne jedes Verschulden von seiner Seite eingetreten ist (Art. 103 Abs. 2 OR). Hat der Gläubiger einen grösseren Schaden erlitten, als ihm durch die Verzugszinsen vergütet wird, so ist der Schuldner zum Ersatze auch dieses Schadens verpflichtet, wenn er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle (Art. 106 Abs. 1 OR). Art. 103 OR und Art. 106 OR sind dispositives Recht.⁴⁴

Da der Schuldner erst mit Mahnung in Verzug fällt, sind die mit der Mahnung verbundenen Kosten vom Gläubiger selber zu tragen. Ist der Schuldner jedoch in Verzug, muss er die Kosten für weitere Mahnungen tragen, es sei denn, diese erscheinen überflüssig oder aussichtslos.⁴⁵

Die Klägerin behauptet nicht, wofür die Mahnkosten geschuldet sein sollen. Es ist nicht ersichtlich, ob diese sich auf Kosten vor oder nach Verzugseintritt der Beklagten beziehen. Der klägerische Tatsachenvortrag ist daher nicht schlüssig, weshalb die Klage insoweit abzuweisen ist.

4.3.2.2. Betreuungskosten

Gemäss Art. 68 Abs. 1 SchKG trägt der Schuldner die Betreuungskosten; der Gläubiger hat diese lediglich vorzuschüssen. Der Gläubiger ist berechtigt, von den Zahlungen des Schuldners die Betreuungskosten vorab zu erheben (Art. 68 Abs. 2 SchKG). Diese Bestimmung ist so zu verstehen, dass diese Kosten im Ergebnis zur Schuld geschlagen werden und vom Schuldner zusätzlich zu dem dem Gläubiger zugesprochenen Betrag zu bezahlen sind. Da die Betreuungskosten dem Gläubiger bei erfolgreicher Betreuung von Gesetzes wegen zustehen, bedarf es zur Durchset-

⁴⁴ BK OR-WEBER (Fn. 32), Art. 103 N. 8 und Art. 106 N. 8.

⁴⁵ CHK OR-FURRER/WEY, 3. Aufl. 2016, Art. 102 N. 32, m.w.N.

zung der Kostenersatzpflicht weder eines Urteils noch eines Rechtsöffnungsentscheids.⁴⁶

Entsprechend steht der Klägerin kein Anspruch auf Ersatz der Betreuungskosten zu, den sie mittels Klage durchsetzen könnte.

4.4. Verrechnungsforderung

Die Beklagte macht im Sinne einer Eventualverrechnung für jede noch offene Fehlmengenposition einen pauschalen Schadenersatz von Fr. 250.00, insgesamt Fr. 11'750.00, aufgrund von Umtrieben, Imageverlust, Kundenverlust etc. geltend (Klageantwort Rz. 22). Die Beklagte bleibt dabei jedoch jegliche diesbezüglichen Ausführungen schuldig. Sie zeigt nicht auf, welche Kunden ihr abgesprungen sein sollen, wie hoch der ausgebliebene Gewinn pro abgesprungenem Kunden gewesen sei und weshalb dies in irgendeiner Relation zur Menge an fehlendem Leergut stehen sollte. Ebenso unklar bleibt, weshalb der Ruf der Beklagten durch das allenfalls nicht zurücktransportierte Leergut geschädigt worden sein soll. Auf die Verrechnungsforderung der Beklagten ist daher nicht weiter einzugehen.

5. Widerklage

5.1. Parteibehauptungen

Die Beklagte behauptet, aufgrund der unsorgfältigen Arbeitsweise der Klägerin sei es regelmässig zu grösseren Fehlmengen im Leergut der Beklagten gekommen. Die Klägerin habe es teilweise unterlassen, von den Kunden der Beklagten zum Rücktransport bereitgestelltes Leergut wieder zurückzunehmen. Weiter sei Leergut verloren gegangen. Dies sei der Klägerin zuzuschreiben und diese habe ihr den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen (Widerklage, Rz. 16). Der Betrag der Fehlmenge für die Jahre 2013-2016 belaufe sich auf gesamthaft Fr. 53'762.50 (Widerklage, Rz. 19). Weiter behauptet die Beklagte, sie habe Listen mit fehlenden Retouren geführt. Diese seien laufend aktualisiert und zusammen mit Fehlmeldungen und Reklamationen der Klägerin zugestellt worden (Duplik- und Widerklagereplikbeilagen [DRB] 13-21). Vor diesem Hintergrund beantragt die Beklagte in ihrer Widerklage, die Klägerin sei zur Zahlung von gesamthaft Fr. 48'940.25 (zzgl. jeweils 5 % Zinsen auf den einzelnen Teilforderungen) zu verpflichten (Widerklage, Rechtsbegehren 3).

Die Beklagte macht in ihrer Widerklageänderung ein zusätzliches Rechtsbegehren geltend, wonach die Klägerin zur Zahlung von Fr. 11'750.00 zzgl. 5 % Zinsen seit mittlerem Verzugszinsdatum 1.1.2014 zu verpflichten sei. In der Widerklagereplik führt sie dazu aus, die Korrespondenz aufgrund der unsorgfältigen Ausführung der Fracht zähle über 550 Positionen (Widerklagereplik, Rz. 36; DRB 33). Für jede Position sei durch-

⁴⁶ BSK SchKG I-EMMEL, 2. Aufl. 2010, Art. 68 N. 16 m.w.N.

schnittlich ein Arbeitsaufwand von 30 Minuten für die Entgegennahme der Reklamation, die Recherche, das Telefonat an die Klägerin etc. zu rechnen. Damit ergebe sich ein Administrativaufwand von 275 Stunden, der, mit einem Sachbearbeiterstundenlohn von Fr. 48.00 multipliziert, ein Total von Fr. 13'200.00 ergebe (Widerklagereplik, Rz. 36).

Die Klägerin bestreitet die Forderungen der Beklagten und behauptet, es seien sämtliche Aufträge der Beklagten ordnungsgemäss ausgeführt worden (Replik, Rz. 5.1 und Rz. 5.27 ff.). Während der Geschäftsbeziehung sei es oftmals vorgekommen, dass sie bei den Kunden der Beklagten zwar Leergut habe mitnehmen wollen, dies jedoch nicht habe tun können, weil der betreffende Kunde kein Leergut zum Abtransport bereitgestellt habe. Solche Zylinder seien sodann in der Liste der Beklagten als Fehlposition eingebucht bzw. bei tatsächlicher Rückgabe als Sollstand nicht wieder ausgebucht worden. Dementsprechend zeige die beklagtische Liste lediglich eine vorübergehende Fehlmenge, die ohnehin nicht korrekt sei; die fehlenden Zylinder seien jeweils zum erstmöglichen Zeitpunkt wieder zurückgeführt worden. Somit sei der Beklagten gar kein Schaden entstanden (Widerklageduplik, Rz. 17 ff.). Ohnehin würde sie allenfalls gemäss Art. 21 AB Sped nur für die sorgfältige Auswahl und Instruktion der von ihr unterbeauftragten S. T. AG haften. Sie habe dieses Unternehmen mit höchstmöglicher Sorgfalt ausgewählt (Widerklageduplik, Rz. 62 f.). Hinzu komme, dass die Forderungen der Beklagten aufgrund deren vorbehaltlosen Annahme der Güter und Bezahlung der Fracht nach Art. 452 OR verwirkt seien, da die Beklagte bis 2016 die Fehlmengen niemals fristgerecht – bei äusserlich erkennbaren Mängeln also innert 8 Tagen – gerügt und zudem vorbehaltlos bezahlt habe (Widerklageduplik, Rz. 64 ff.). Zudem seien sämtliche geltend gemachten Ansprüche längst verjährt (Widerklageduplik, Rz. 67 ff.).

In Bezug auf das geänderte Rechtsbegehren der Widerklage führt die Klägerin aus, es sei nicht ersichtlich, wer Empfänger bzw. Absender der Nachrichten sei. Zudem sei weder klar, dass die Lieferungen von ihr ausgeführt worden seien noch dass die Korrespondenz auf ihr Verschulden zurückzuführen sei (Replik, Rz. 5.14; Widerklageduplik, Rz. 59 ff.).

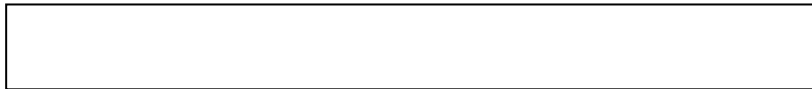
5.2. Würdigung

Die Beklagte genügt ihren prozessualen Obliegenheiten zur Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs nicht: Soweit sie behauptet, die Klägerin habe es häufig unterlassen, Leergut zurückzunehmen, und die Dienstleistungen der Klägerin hätten regelmässig grosse Ausfälle und Fehlmengen verursacht, bleibt sie unbestimmt und substantiiert ihren Tatsachenvortrag, obwohl bestritten, in keiner Weise (vgl. oben E. 3.3). Es kann auf folgendes Beispiel aus der Widerklage hingewiesen werden:

- 17 Die Dienstleistungen der Klägerin verursachten regelmässig grosse Ausfälle und Fehlmengen. Diese konnte die Beklagte ihren Klienten nicht verrechnen. Hinzukamen zahlreiche Telefonate deswegen. Die Dienstleistungen sorgten regelmässig für Aergernisse bei der Beklagten.

Weil die Klägerin ein relativ umfassendes Logistiknetz in der Schweiz unterhält und zudem auch noch die Bewilligung für Gefahrtransporte (CO₂-Gasflaschen sind Gefahrgut) innehatte, war die Beklagte aus tatsächlichen Gründen auf die Dienstleistungen der Klägerin angewiesen.

Hierzu finden Sie nachfolgend beispielhaft auf den Lieferscheinen verurkundete Notizen über die zahlreichen Verluste, fehlende Retouren und Nachforschungen aus dem Jahre 2013/2014. Daneben gibt es noch zahlreiche, nicht schriftlich dokumentierte Reklamationen.



- 18 Diese Dokumente sprechen für sich; zwischendurch tauchten plötzlich wieder irgendwo fehlende Flaschen und Gegenstände bei der Klägerin auf!

Es ist weder die Aufgabe des Gerichts noch der Gegenpartei, die als Sammelbeilage eingereichten Lieferscheine zu durchsuchen und die sich daraus ergebenden Verluste an Leergut zusammenzurechnen (vgl. oben E. 3.1). Es hätte der Beklagten obliegen, mindestens zu behaupten, wann die Klägerin für sie Transportaufträge ausführte oder ausführen liess, wieviel Leergut dabei pro Transportauftrag hätte mitgenommen werden sollen und wieviel Leergut tatsächlich bei der Beklagten angekommen ist, und diese Behauptungen im Einzelnen mit tauglichen Beweismitteln zu untermauern. Soweit die Beklagte in ihrem Parteivortrag anlässlich der Hauptverhandlung vorträgt, dies obliege nicht ihr, sondern der Klägerin, da es ihre Vertragspflicht gewesen sei, über das Leergut Listen zu führen (Protokoll der Hauptverhandlung vom 7. Mai 2019, S. 6 f.), verwechselt sie die allfälligen materiellrechtlichen Vertragspflichten mit der Beweislast. Es ist die Beklagte, die aus dem Umstand des fehlenden Leerguts Ansprüche ableitet, weshalb auch ihr und nicht der Klägerin der diesbezügliche Beweis obliegt (vgl. auch Ziff. 4.1 der Beweisverfügung vom 27. Februar 2019).

Auch soweit die Beklagte behauptet, aufgrund der von ihr geführten Listen ergebe sich betreffend die Jahre 2013-2016 eine Fehlmenge im Umfang von Fr. 53'762.50, und auf andere Sammelbeilagen verweist, genügt sie ihrer Behauptungsobliegenheit nicht. Tatsachenbehauptungen sind grundsätzlich in den Rechtsschriften aufzustellen. Der bloss pauschale Verweis auf Beilagen genügt nicht. Es ist weder die Aufgabe des Gerichts noch der Gegenpartei, sich die erforderlichen Tatsachen aus Beilagen zusammenzusuchen (vgl. oben E. 3.1). In diese Kategorie gehört auch folgendes Beispiel aus der Widerklagereplik, wobei zu beachten ist, dass die Sammelbeilagen DRB 13-21 über hundert Seiten enthalten:

- 14 Nachfolgend findet sich für das **Jahr 2013 und zuvor** die Korrespondenz sowie zahlreiche E-Mails, worin die Beklagte zig-Male auf die unsorgfältige Arbeitsweise, fehlende Retouren und unangebrachten Verhaltenweisen der Klägerin bzw. der Frächter aufmerksam machte.

Die Bemerkungen, Korrespondenz ist selbsterklärend.

BO:

Korrespondenz, Mahnungen etc. bis 2010- 2012 (Sammelbeilage)	DRB13
Korrespondenz, Mahnungen etc. für das Jahr 2013 (Sammelbeilage)	DRB14
Lieferscheine 2013 mit handschriftlichen Vermerken der Beklagten (Sammelbeilage)	DRB15
Zeugen gemäss Beweismittelverzeichnis	

- 15 Das ging im gleichen Stile so weiter im Jahre 2014, 2015, 2016.

BO:

Korrespondenz, Mahnungen etc. für das Jahr 2014 (Sammelbeilage)	DRB16
Lieferscheine 2014 mit handschriftlichen Vermerken der Beklagten (Sammelbeilage)	DRB17
Zeugen gemäss Beweismittelverzeichnis	

Korrespondenz, Mahnungen etc. für das Jahr 2015 (Sammelbeilage)	DRB18
Lieferscheine 2015 mit handschriftlichen Vermerken der Beklagten (Sammelbeilage)	DRB19
Zeugen gemäss Beweismittelverzeichnis	

Korrespondenz, Mahnungen etc. für das Jahr 2016 (Sammelbeilage)	DRB20
Lieferscheine 2016 mit handschriftlichen Vermerken der Beklagten (Sammelbeilage)	DRB21
Zeugen gemäss Beweismittelverzeichnis	

- 16 Dieser Fundus hat in der Zwischenzeit historischen Charakter und Wert. Ein Lehrbeispiel, wie die Logistik nicht funktionieren kann und darf.

Diese Verfahrensweise ist nicht nur unsorgfältig, sondern als *absichtlich grobfahrlässig* bzw. *auftragswidrig* zu bezeichnen. Die Klägerin hat die Beklagte hingehalten, weil sie wusste, dass es gesamtschweizerisch nur eine begrenzte Anzahl von Logistikunternehmen gibt, welche Gefahrguttransporte mit anbieten.

Weil die Beklagte damit nicht substantiiert behauptet, für welches fehlende Leergut die Klägerin verantwortlich ist, sind dazu auch keine Beweise abzunehmen. Im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime ist der nicht oder nicht substantiiert vorgebrachte Sachverhalt dem nicht bewiesenen Sachverhalt gleichzusetzen (vgl. oben E. 3.3). Bei diesem Aktenstand kann von einer unsorgfältigen Tätigkeit der Klägerin keine Rede sein.

Insoweit die Beklagte behauptet, die von der Klägerin beauftragten Personen hätten kriminell gehandelt, indem sie für Druckbehälter ein Depot verlangt hätten, lässt sie jegliche Ausführung zu dem ihr dadurch entstandenen Schaden vermissen.

Auch in Bezug auf das angeblich fehlende Leergut unterlässt es die Beklagte, substantiierte Ausführungen zur Schadenshöhe zu machen: Sie führt zwar aus, diese betrage Fr. 53'762.50. Obwohl bestritten, finden sich aber nirgends Ausführungen zur Anzahl Leergut, das fehlt, und zum Wert des Leerguts, sodass auch hier eine Beweisabnahme zu unterbleiben hat. Kommt hinzu, dass die Beklagte selbst ausführt, die in der entsprechenden Liste genannten Totalsummen und Bezeichnungen könnten Ungenauigkeiten enthalten, die Einzeleinträge seien jedoch korrekt. Es ist weder die Aufgabe des Gerichts noch der Gegenpartei, fehlerhafte Schadenslisten nachzurechnen und von Amtes wegen zu korrigieren, was die Beklagte in Rz. 8 ihrer Klageantwort selbst festhält. Was die Beklagte in

Rz. 32 der Widerklagereplik mit der Behauptung, der Warenwert sei mit den vorhandenen Unterlagen ausgewiesen, aufzeigen will, bleibt unklar. Es ist nicht ersichtlich, auf welche Unterlagen sich die Beklagte hier beziehen will. Selbst wenn daher die unsorgfältige Tätigkeit der Klägerin nachgewiesen wäre, mangelte es jedenfalls am Nachweis des behaupteten Schadens.

Soweit die Beklagte widerklageweise eine Schadenersatzforderung für einen Administrativaufwand von 275 Stunden à Fr. 48.00 geltend macht, führt sie gleich selbst aus, dieser Aufwand sei nur geschätzt. Dabei unterlässt sie aber erneut jegliche Ausführungen zu den konkreten Positionen. Weiter unterlässt es die Beklagte auch jene Behauptungen aufzustellen, welche es dem Gericht ermöglichen würden, einen Schaden nach Art. 42 Abs. 2 OR schätzen zu können.⁴⁷

Die Widerklage ist demnach vollumfänglich abzuweisen.

6. Prozesskosten

6.1. Verlegung und Streitwert

Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, werden die Prozesskosten nach Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO).

Der Klägerin obsiegt mit ihrer Klage zu mehr als 96 % (Fr. 34'809.50 / Fr. 36'200.99). Zugleich unterliegt die Beklagte mit ihrer Widerklage vollumfänglich, weshalb es sich rechtfertigt, sämtliche Prozesskosten der Beklagten aufzuerlegen.

Sofern sich Klage und Widerklage nicht gegenseitig ausschliessen, werden die Streitwerte zur Bestimmung der Prozesskosten zusammengerechnet (Art. 94 Abs. 2 ZPO). Vorliegend schliessen sich Klage und Widerklage nicht gegenseitig aus, da beide unabhängig voneinander hätten gutgeheissen bzw. abgewiesen werden können. Die klägerischen Rechtsbegehren weisen einen Streitwert von Fr. 36'200.99 auf (Art. 91 Abs. 1 i.V.m. Art. 93 Abs. 1 ZPO) und die Widerklage einen Streitwert von Fr. 60'690.25 (Art. 91 Abs. 1 i.V.m. Art. 93 Abs. 1 ZPO). Zusammengerechnet resultiert ein Gesamtstreitwert von Fr. 96'891.24.

6.2. Gerichtskosten

Die Gerichtskosten bestehen einzig aus der Entscheidgebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO). Diese bemisst sich nach dem Streitwert. Der Grundsatz für die Gerichtsgebühr beträgt bei einem Streitwert von Fr. 96'891.24

⁴⁷ Vgl. zu den Anforderungen von Art. 42 Abs. 2 OR BGE 143 III 297 E. 8.2.5.2.

gemäss § 7 Abs. 1 Zeile 5 VKD rund Fr. 7'550.00. Die Gerichtskosten von Fr. 7'550.00 werden im Umfang von Fr. 4'225.00 mit dem von der Beklagten geleisteten und im Umfang von Fr. 3'325.00 mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die Beklagte hat dem Kläger den Betrag von Fr. 3'325.00 direkt zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Ein allfälliger Überschuss steht der Klägerin zu.

6.3. Parteientschädigung

Die Klägerin reicht anlässlich der Hauptverhandlung eine Kostennote ein. Diese basiert grundsätzlich auf dem AnwT, weshalb die Parteientschädigung nach diesem zu berechnen ist. Soweit die Klägerin Barauslagen im Umfang von Fr. 1'870.10 geltend macht, unterlässt sie es darzulegen, für welche Tätigkeiten diese notwendig wurden (bspw. Anzahl Kopien zu welchem Preis pro Blatt, Porti für welche Eingaben), sodass sie nicht nachvollziehbar sind. Einzig für die Kosten des DHL-Kurierdienst im Umfang von Fr. 215.30 gibt die Klägerin das Datum des 7. Dezembers 2018 an. An diesem Tag hat die Klägerin allerdings lediglich ein Fristerstreckungsgesuch eingereicht, weshalb nicht nachvollziehbar ist, weshalb hierfür derart hohe Kosten angefallen sein sollen, zumal das Büro der Rechtsvertreter der Klägerin bloss ca. 200 Meter vom Handelsgericht entfernt liegt.

Bei einem Streitwert von Fr. 96'891.24 bemisst sich die Parteientschädigung nach § 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 5 AnwT. Die Grundentschädigung beträgt rund Fr. 12'790.00. Damit sind gemäss § 6 Abs. 1 AnwT unter anderem eine Rechtsschrift und die Teilnahme an einer Verhandlung abgegolten. Für die zusätzliche Rechtsschrift infolge doppelten Schriftenwechsels ist praxisgemäss ein Zuschlag von 20 % gerechtfertigt (vgl. § 6 Abs. 3 AnwT). Sowohl im Klage- als auch im Widerklageverfahren wurde je ein zweiter Rechtsschriftenwechsel angeordnet, weshalb grundsätzlich von einem Zuschlag von 40 % auszugehen ist. Jedoch war die Klageschrift derart kurz und konnten die Klagereplik und Widerklageantwort in einer Rechtsschrift zusammengefasst werden, sodass sich ein Zuschlag von maximal 30 % rechtfertigen lässt. Zusätzlich der Kleinkostenpauschale von praxisgemäss 3 % (vgl. § 13 Abs. 1 AnwT) resultiert damit eine Parteientschädigung von gerundet Fr. 17'125.80. Soweit die Klägerin eine höhere Parteientschädigung bzw. einen Mehrwertsteuerzuschlag geltend macht, sind diese abzuweisen. Die Klägerin ist selbst mehrwertsteuerpflichtig⁴⁸ und damit auch für eine allfällige Bezugssteuer vorsteuerabzugsberechtigt.⁴⁹

⁴⁸ <https://www.uid.admin.ch/> (zuletzt besucht am 7. Mai 2019).

⁴⁹ Merkblatt zur Frage der Berücksichtigung der Mehrwertsteuer bei der Bemessung der Parteientschädigung der Gerichte des Kantons Aargau vom 11. Januar 2016: https://www.ag.ch/media/kanton_aargau/jb/dokumente_6/obergerichte/handelsgericht/Merkblatt_MwSt.pdf (zuletzt besucht am 7. Mai 2019).

Das Handelsgericht erkennt:

1.

1.1.

In **teilweiser Gutheissung** der **Klage** wird die Beklagte und Widerklägerin verpflichtet, der Klägerin und Widerbeklagten Fr. 34'809.50 zzgl. 5 % Zins p.a. seit dem 28. April 2017 zu bezahlen.

1.2.

Der **Rechtsvorschlag** in der Betreuung Nr. _____ des Betreibungsamtes S. (Zahlungsbefehl vom 24. April 2017) wird im Umfang von Fr. 34'809.50 zzgl. 5 % Zins p.a. seit 28. April 2017 **beseitigt**.

2.

Die **Widerklage** wird **abgewiesen**.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 7'550.00 werden der Beklagten und Widerklägerin auferlegt und im Umfang von Fr. 4'225.00 mit dem von dieser geleisteten und im Umfang von Fr. 3'325.00 mit dem von der Klägerin und Widerbeklagten geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Beklagte und Widerklägerin hat der Klägerin und Widerbeklagten den Betrag von Fr. 3'325.00 direkt zu ersetzen.

4.

Die Beklagte und Widerklägerin hat der Klägerin und Widerbeklagten eine gerichtliche festgesetzte Parteientschädigung in Höhe von Fr. 17'125.80 zu bezahlen.

Zustellung an:

- die Klägerin (Vertreter; zweifach mit Abrechnung und Protokoll der Hauptverhandlung vom 7. Mai 2019)
- die Beklagte (Vertreter; zweifach mit Abrechnung und Protokoll der Hauptverhandlung vom 7. Mai 2019)

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Aarau, 7. Mai 2019

Handelsgericht des Kantons Aargau

2. Kammer

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Vetter

Schneuwly

